DE

CLAVSVLA CODICILLARI SVBINTELLECTA OPVSCVLVM

AVCTORE

CAROLO AVGVSTO TITTEL

IVR. DOCTOR. IN ACAD. IENENS. IBIQVE SOC. LAT. COLLEGA HONOR.

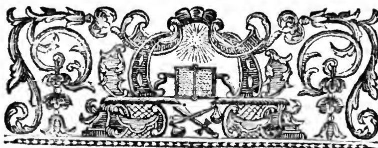




IENAE

SVMTIBVS VIDVAE B. MELCHIORIS,

ANNO CIϽ IϽ CC LVIIII.



CONSPECTVS OPVSCVLI.

Postquam in §. I. *de vtilitate huius argumenti generaliter dictum et de occasione de eo scribendi,*

deinde §. II. *etymologia verborum exposita simulque definitio clausulae codicillaris formata,*

porro in §. III. IIII. *variae illam exprimendi formulae monstratae, tandem quod tacite quoque adiici possit testamento, incidenter in* §. V. *monitum est:*

progredimur in §. VI. *ad effectus istius clausulae ex principio deriuandos, quod in eodem* §pho *praestruitur, et in*

§. VII. *ostenditur clausulae vis ratione praeteritionis,*

remotis in §. VIII. *dissentientium obiectionibus: item*

§. VIIII. *vis ratione exheredationis:*

§. X. *ratione deficientis heredis, remotis in* §. XI. *iterum aliorum telis:*

§. XII. *ratione diei heredis institutioni adiectae:*

A §. XIII.

§. XIII. *ratione formae externae in testamento deficientis*

§. XIIII. XV. *ratione postumi:*

§. XVI. *ratione fratrum praeteritorum:*

§. XVII. *ratione rogationis testium omissae: et denique*

§. XVIII. *ratione oneris iniusti, legitimae adiecti. Sequuntur ii effectus, qui clausulae codicillari denegandi sunt, itidem ex axiomate generali demonstrandi, quod in*

§. XVIIII. *formatur, et ex quo*

§. XX. *infertur, cessare vim codicillaris clausulae, si testator fuit inhabilis:*

§. XXI. XXII. *si heres incapax est:*

§. XXIII. *si ne quidem quinque testes in testamento adhibiti:*

§. XXIIII. *si testes sunt inidonei:*

§. XXV. *si testamentum ratione voluntatis est imperfectum:*

§. XXVI. *si continuitas actus vel subscriptio deest:*

§. XXVII. XXVIII. *si heres scriptus vult variare. Saluantur etiam*

§. XXVIIII. *positiui effectus clausulae nostrae ab apparente auctoris cuiusdam dissensione. Tandem*

§. XXX. *ad primarium libelli nostri thema peruenimus et recensemus ICtos, nobis circa illud contrarios, formato*

§. XXXI. *statu controuersiae et*

§. XXXII. XXXIII. XXXIIII. XXXV. *demonstrata* tacita *clausula codicillari. Quo facto transitus fit*

§. XXXVI.

§. XXXVI. *ad* praesumtam *clausulam codicillarem, ad quam probandam ibi et*

§. XXXVII. *principia ex legibus ponuntur, et ex iis*

§. XXXVIII. *praesumi clausulam codicillarem, probatur; quae praesumtio*

§. XXXVIIII. *noua ratione vlterius corroboratur, sed*

§. XXXX. *limitatur, praemissis*

§. XXXXI. XXXXII. *quibusdam, ad refellendos primarii nostri argumenti aggressores necessariis, ex quibus*

§. XXXXIII. *demonstratur, leges quasdam Pandectarum, quibus aduersarii se munire student, vsu non amplius obtinere. Denique*

§. XXXXIIII. XXXXV. *respondetur ad specialem legem aduersariorum ex Digestis petitam,*

§. XXXXVI. *ad aliam eiusdem libri,*

§. XXXXVII. *iterum ad aliam ex eodem Digestorum opere adductam, quam*

§. XXXXVIII. XXXXVIIII. L. LI. *sequuntur leges Codicis,*

§. LII. *opinio distinguentium circa argumentum nostrum et*

§. LIII. *quaestio finalis cum obseruatione*

§. LIIII. *de clausula codicillari pactis addita, quam*

§. LV. *excipit epilogus.*

Q. D.



Q. D. B. V.

§. I.



In quaestionibus, quae in foro mo- ueri saepe solent, est etiam haec: *vtrum clausula codicillaris testamento expresse sit adiicienda, an vero in quouis testamento tacite subintelligenda sit?* Cum enim dicta clausula insignes habeat effectus, et testamentum sustineat, quod in se subsistere nequit: facile intelligi potest, eum, cui tale testamentum aliquid confert, in codicillari clausula refugium quaerere, eamque testamento tacite

tacite inesse defendere. Quod vtrum iuri conueniat, an non, nondum satis ab aliis expositum esse arbitramur, ideoque paucis pro instituti nostri ratione in id inquirere volumus, maxime cum ab amico quodam, qui in perorandis partium causis in foro Meiningae occupatus est, ea de re consulti fuerimus.

§. II.

Sed cum moris sit ab explicatione et euolutione nominis ordiri tractationem, praemittemus verborum enodationem, et vnde clausula codicillaris nomen habeat, paucis ostendemus. Sortitur illa, *qua clausula*, nomen suum procul dubio a claudendo, quia in fine testamenti poni solet, et sic quasi claudit illud. Sed *qua codicillaris*, deriuatur a codice eiusque diminutiuum constituit. Codex denotat librum, et ita dicitur a caudice, qui significat truncum vel stirpem arboris, quia veterum libri inscripti erant tabulis, ex trunco arboris confectis et cera obductis, quae apte contextae

 erant *).

erant *). Quamobrem codicillus ſecundum etymologiam nihil aliud eſt, quam paruus libellus, qualis etiam eſſe poteſt epiſtola, poſtea vero pro ſpeciali quadam diſpoſitione in caſum mortis facta ſeu pro vltimae voluntatis ſpecie capiebatur. Hoc ſenſu codicillus eſt *vltima voluntas minus ſollemnis, heredis inſtitutionem directam reſpuens*. Vt vero conſtet de vſu quaeſtionis memoratae (§. pr.), neceſſe eſt oſtendere effecta clauſulae noſtrae, ab aliis noſtro ordine non expoſita, nec, vti a nobis fiet, ex principiis deducta. Iudicari de iis optime poteſt ex ipſa natura et indole eius, praemittenda itaque videtur ante omnia eius natura atque eſſentia. Eſt autem clauſula codicillaris **) declaratio teſtatoris, *vt teſtamentum valeat tanquam codicillus, ſi non vt teſtamentum valere poteſt.* Ex quo intelligi poteſt, quare tale teſtamentum, cui addita eſt haec clauſula, dicatur codicillus ſubſidiarius ***). Ratio nimirum haec eſt, quod vi huius clauſulae teſtamentum in ſubſidium valeat tanquam codicillus.

*) ZEPPER.

*) ZEPPER. *de codicillis* c. 1. n. 1. seqq.

**) quae iam THEODOSII IVN. tempore, imo ante in vſu erat L. VII. C. THEOD. *de teſtam. et codicill.* ibi: *vt ſi teſtator, faciens teſtamentum, in eodem ID PRO CODICILLIS ETIAM VALERE COMPLEXVS EST* add. IAC. GOTHOFRED. ad L. cit.

***) GEORG. ADAM. STRVV. *exerc.* XXXIIII. th. 60. 10. HENR. A BERGER *oec. iur.* L. II. Tit. IIII. §. 36.

§. III.

Cum clauſula codicillaris ſit declaratio (§. ant.), et omnis declaratio non vno ſigno fieri poſſit, conſequens eſt, vt clauſula codicillaris vario modo adponi poſſit teſtamento. Ex quo porro fluit, non eſſe neceſſe, vt haec vel illa vſitata formula ad eam exprimendam adhibeatur, ſed qualiacunque verba ſufficere, quae mentem teſtatoris de codicillis ſubſidiariis condendis produnt *). Qua propter non opus eſt, vt teſtator dicat: *volo, vt teſtamentum meum valeat tanquam codicillus, niſi vt teſtamentum poſſit ſubſiſtere*, ſed eundem effectum habebunt haec verba: *addo teſtamento meo clauſulam codicillarem*, quemadmodum

modum in mandato addimus: *idque ſub libera.* Similiter etiam verba: *volo, vt teſtamentum meum ſit codicillus ſubſidiarius*, clauſulam inuoluunt codicillarem. De clauſula *caeterata*, quam vocant DD., dubitant nonnulli, an loco codicillaris ſufficiat, e. g. ſi in teſtamento dicitur: *ſi teſtamentum meum non valebit, vt teſtamentum volo etc.* Sed cum hac ratione de animo teſtatoris adiiciendi clauſulam codicillarem ſatis conſtet, compendium ſcribendi, quo vſus eſt, vim eius interuertere nequit **).

*) IAC. MENOCH. L. IIII. praeſ. XXXI. n. 13. 14. FRANC. MANTICA *de coniect. vlt. vol.* Lib. I. Tit. VIIII. n. 6. ANT. THES. qu. CXXI. n. 8.

**) FAB. TVRRET. *de effect. clauſ. cod.* qu. XVI. n. 20. SAM. STRYCK. diſſ. *de clauſ. cod.* n. 71. ſeqq.

§. IIII.

Plerumque clauſula codicillaris latine ita ſolet proferri: *ſi mea haec vltima voluntas non valet, neque de iure ob defectum aliquem vt teſtamentum valere poteſt, valeat tamen, vt teſtamentum nuncupatiuum, codicillus, vel donatio*

mortis

mortis caussa, vel in vim fidei commissi et omni meliori modo, quo de iure valere et effectum sortiri poterit. Et perinde est, siue verba in praesenti, siue in futuro ponantur e. g. *si non valet vt testamentum*, vel *si non valebit vt testamentum*, valeat vt codicillus *) Germanico vero stylo vsitatiore ita exprimi solet: Und woferne diese meine Testaments-Ordnung und Geschäfft einer Ursache wegen oder Mangel halber von Rechtswegen nicht als ein zierlicher letzter Wille gelten oder kräfftig seyn sollte, so soll es doch als ein Testamentum nuncupatiuum, Codicill, Fideicommiss oder Donatio mortis caussa, oder eine andere Disposition wie dieselbe zu Recht am kräfftigsten und beständigsten geordnet und aufgerichtet werden kan, oder mag, gelten und kräfftig seyn **). Sed multa in his verbis inepta esse credit SAM. STRYCKIVS ***), cum primo inutilis et incongrua sit adiectio: *valeat vt testamentum nuncupatiuum*, quia testamentum nuncupatiuum non valet sine sollemnitatibus. Ast re penitius in-

ſpecta patebit, dictam adiectionem non omni carere vtilitate, ſed hunc praeſtare vſum, vt ſi teſtamentum a teſtibus forſan et teſtatore non ſit ſubſcriptum, ideoque non valere poſſit, vt ſcriptum teſtamentum, quippe quod ſubſcriptionem requirit, vt tunc, inquam, tanquam nuncupatiuum valere debeat, ſi requiſita teſtamenti nuncupatiui adſunt. In eo autem STRYCKIO ****) non poſſumus non aſſentiri, quod haec adiectio: *valeat vt fideicommiſſum* ſit otioſa, cum iam inuoluantur verbo codicilli, quippe qui mutat heredis inſtitutionem in fideicommiſſum (§. VI. *) Sed praeter inutilia illa, quae STRYCKIVS obſeruat, haec etiam verba: *valeat vt donatio mortis cauſſa* ſunt inepta, quandoquidem ad omnem donationem requiritur acceptatio donatarii, *****) quae in teſtamento deficit.

*) GE. AD. STRVV *Exerc.* XXXIIII. th. 63.
**) CHRISTOPH. PHIL. RICHTER *dec.* LXIII. n. 2. 3.
***) Diſſ. *de clauſ. cod.* n. 13.
****) l. c.
*****) L. LV. ff. *de obl. et act.* L. XXXVIII. ff. *de m. c. donat.*

§. V.

§. V.

Et cum factis a verbis distinctis etiam fieri possit declaratio: eodem modo clausula codicillaris, quippe quae est declaratio, potest addi testamento, quo ipso tacite additur, vti infra exponemus.

§. VI.

Sed vt iam propius accedamus ad effectus clausulae nostrae, ponemus primo principium aliquod, ex ipsa eius natura deductum, ex quo ii omnes prono fluunt alueo. Principium hoc est: *Clausula codicillaris sustinet testamentum, quoties illud requisita codicillaria habet et sanat omnes defectus testamenti, modo illa, quae ad codicillum validum necessaria, illi insint.* Veritas huius regulae facile elucescit. Cum enim vi huius clausulae ex testamento fiat codicillus, hic vero valeat positis suis requisitis, valebit etiam testamentum vi clausulae codicillaris extantibus requisitis codicillaribus *).

*) Cum vero in testamento occurrat directa heredis institutio, quae in codicillis fieri nequit L. II. §. 4. ff.

de iur. cod. necesse est, vt haec vertatur in fideicommissum, si testamentum valet vt codicillus, ita vt heredes ab intestato rogati censeantur a testatore, restituere hereditatem scripto heredi. GEO. AD. STRVV. Exerc. cit. th. 61. SAM. STRYCK *cautel. test.* c. XXIII. §. 37.

§. VII.

Habet itaque primo tunc effectum, vt testamentum subsistat, si in eo praeteriti sunt liberi, parentes, vel fratres praelata turpi persona *). Hoc enim licet factum sit, tamen testamentum gaudet codicilli substantialibus atque formalibus, et si hoc est, testamentum semper sustinet in vim codicilli. (§. ant.) Quanquam autem in hoc casu valeat testamentum, tamen praeteriti non plane excidunt omni hereditate, sed deducunt legitimam et praeterea Trebellianicam ex hereditate **), reliqua bona hereditaria restituentes instituto heredi; id quod ex eo concipi potest, quod heredis institutio valet tanquam fideicommissum (§. ant. *).

*) IO. HENR. A BERGER *oec. iur.* L. II. Tit. IIII. §. 36. not. 1. SAM. STRYCK. *de S. A. I.* diss. I. c. 1. n. 22. IO. BRVNNEMANN. ad L. I. ff. *de iur. cod.* n. 6.

**) C. XVI.

**) C. XVI. XVIII. *X. de testam.* GEO. AD. STRVV. *iurisprud.* Lib. II. Tit. XXVI. §. 8. Equidem in his legibus id quod afferimus, non expreſſis continetur verbis, ſed tamen implicite. Nam dicitur ibi, liberos fideicommiſſo vniuerſali grauatos, deducere legitimam et Trebellianicam. Quapropter cum liberi tali fideicommiſſo etiam tunc onerati intelligantur, ſi in teſtamento, cui addita eſt clauſula codicillaris ſunt praeteriti, vt nimirum heredi inſtituto reſtituant hereditatem: ſequitur, vt etiam hoc in caſu idem ius habeant. Et quanquam memoratae leges tantum de fideicommiſſo conditionato loquantur, intelligi tamen quoque poſſunt de puro, cum ratio eorum ſit generalis, quae ad purum etiam quadrat AVG. A LEYSER *medit. ad ff. ſpec. CCCCV. med. I.* Similiter extendi poſſe videntur ad parentes et fratres, quanquam verba tantum ad liberos pertineant.

§. VIII.

Sed non omnes nobiſcum ſentiunt. Sunt enim, qui ob praeteritionem teſtamentum ita nullum eſſe credunt, vt ne per clauſulam quidem codicillarem valor codicilli ipſi conciliari poſſit *), quia teſtamentum, praeteritis liberis conditum, a demente factum videtur Romanis **). Sed cum hic fingatur dementia, ea non poteſt ſine lege extendi ad caſum, quo

 clau-

clausula codicillaris adhibita, sed per eam exspirare intelligitur fictus furor, quia per clausulam dictam praeteritio tollitur et praeteritus rogatus censetur detrahere legitimam(§.ant.)***). Quare ipsa praxis sententiam nostram confirmat ****).

*) BEN. CARPZ. P. III. C. IX. def. 12. 10. GOTTLIEB HEINECCIVS *elem. iur. ciu.* §. *686.* 10. BRVNNEMANN. ad L. XIII. ff. *de inoff. testam.*

**) L. XIII. ff. *de inoff. test.* L. XXXVI. ff. *de leg.* 3.

***) SAM. STRYCK diss. *de clauf. cod.* §. 20.

****) quod fatetur ipse HEINECC. l. c. conf. SAM. STRYCK. *caut. test.* C. XXIII. §. 39. Quare ipse CARPZ. nostram sententiam vt veriorem amplexus est Lib. VI. resp. 7. n. 7.

§. IX.

Quae de praeteritis diximus, ea ob rationis paritatem proferri possunt ad iniuste exheredatos*) et quae de natis, ad postumos**).

*) A. GAIL. L. II. Obs. CXIIII. n. 3. BEN. CARPZ. l. c. SAM. STRYCK. *caut. test.* C. XXIII. §. 40.

**) A. GAIL. l. c. GEO. AD. STRVV. *exerc. XXXIIII.* thes. *65.*

§. X.

§. X.

Porro ex principio, §. VI. poſito, fluit, etiam 2) tunc codicillarem clauſulam vim ſuam exerere et teſtamentum firmare, ſi heres vnicus, in eo inſtitutus, non fiat heres *), vel ſi nullus in eo heres ſit nominatus, vtroque enim in caſu nihil deeſt, quod ad codicillum requiritur, ſiquidem codicillus nullo indiget herede. Valebit itaque teſtamentum iure fideicommiſſi, ſcilicet hoc modo, vt heredes ab inteſtato rogati cenſeantur praeſtare, quae teſtator praeſtari voluit.

*) §. 8. I. *de hered. ab int.* MEIER *colleg. Argentor.* tit. de iur cod. th. XX. f. BEN. CARPZ. dec. CLV. n. 1. 10. IOACH SCHOEPFER *ſynopſ. iur. priu. tit.* de iure cod. n. 16. Non tamen deficiente herede teſtamentario clauſula codicillaris id operatur, vt legatarii fiant heredes SAM. STRYCK diſſ. *de clauſ. cod.* n. 109.

§. XI.

Quanquam vero haec ſententia firmo ſuperſtructa ſit fundamento et ex ipſa notione clauſulae codicillaris deducta: quidam tamen illam impugnant, ſtatuentes, clauſulam codicillarem

larem effectum nullum habere, si heres non institutus sit, vel institutus heres non fiat *). Sed leges ad quas prouocant, iis non patrocinantur**) ideoque ipse fori vsus iis repugnat ***).

*) IO. GOTTLIEB HEINECC. *elem. iur. ciu.* §. 686. n. 3.

**) scil. L. XIII. ff. *de vulg. et pup. subst.* et L. XXV. ff. *qui test. fac. poss.* prior enim nihil referre dicit, quo gradu quis liberis substituatur, posterior de testamento, quod vocant imperfecto loquitur, quando nimirum testator moritur, antequam omnes, quas in animo habebat dispositiones, declarauerit.

***) A. GAIL. Lib. II. Obs. CXXXIIII. n. 3.

§. XII.

Non minus ex principio §. VI. praestructo fluit 3), testamentum sanari per clausulam codicillarem et in codicillum transire, si in eo heres directus ex die vel in diem sit nominatus *). Quanquam enim dies sit adiectus, tamen adsunt codicilli requisita. Nimirum leges nolunt, vt heredis institutio fiat ex die vel in diem **), propterea quod alias testator ad tempus haberet testamentarium heredem et ad tempus heredes ab intestato et sic moriretur pro parte testa-

tus

tus et pro parte inteſtatus, quod ius Romanum improbat. Et ſi tamen dies additus, habetur pro non adiecto, vt heredis inſtitutio valeat tanquam pura ***). Quodſi vero teſtamentum clauſula codicillari munitum eſt, habebit adiectio diei ſuum effectum, ſiquidem haec clauſula heredis inſtitutionem directam in fideicommisſum conuertit (§. VI. *), quod in diem et ex die relinqui valide poteſt. Hinc ſi ex die heres eſt inſtitutus, rogati cenſentur heredes ab inteſtato, vt *veniente die* reſtituant hereditatem heredi ſcripto. Si in diem, vt *ſtatim* eidem eam praeſtent, ſed veniente die eam repetant ****).

*) SAM. STRYCK *caut. teſt.* c. XXIII. §. 41. IOA. HOPP. ad §. 9. *I. de hered. inſt.*

**) §. 9. *I. de hered. inſt.* L. LXXVII. ff. *de reg. iur.*

***) cit. §. 9. I. L. XXXIIII. ff. *de hered. inſtit.*

****) IAC. MENOCH. *de praeſumt.* L. IIII. praeſ. CLXXVII. n. 4. ZEPPER. *de codicill.* c IIII. n. 82.

§. XIII.

Imo deduci poteſt ex principio, in §. praec. memorato, tunc quoque ſuſtineri teſtamentum

tanquam codicillum vi clausulae nostrae, 4) si heredis institutio ob deficientem solemnitatem ipsi propriam est vitiosa v. g. ob verba minus apta adhibita, quae fideicommissum sapiunt, 5) si non sit adhibitus iustus testium numerus, sed tantum 5. Et cum de hoc postremo nullus dubitet ICtus, ei immorari diutius non est necesse. Hoc solum monebimus, interdum testamentum vt codicillum virtute clausulae dictae subsistere, quanquam duo vel nulli adhibiti sint testes. Tunc scil., si testamentum Principi aut magistratui insinuatum, valebit vt codicillus sine omni teste, et si tempore pestis conditum, vel in castris a pagano coram 2. testibus, quia tempore pestis *) et in castris **) duo testes etiam ad testamentum sufficiunt.

*) IO. BALTH. A WERNH. P. III. Obs. CXVII.
**) CONST. MAXIMILIANI I. von Richtern und Notarien rubr. von Testamenten §. 2. BEN. CARPZ. P. III. C. IIII. def. 26.

§. XIIII.

Sequitur etiam 6) ex axiomate, saepius excitato, clausulam codicillarem etiam tunc

vsus

vſus eſſe haud exigui, ſi poſtumus, in teſtamento praeteritus, poſt teſtamentum conditum naſcitur. Tum enim etiam ſubſiſtet teſtamentum, vt codicillus, vi clauſulae codicillaris, cum requiſita codicilli inſint teſtamento, praeterito licet poſtumo *). Quapropter dictis ſub circumſtantiis poſtumus cenſetur rogatus, vt deducta legitima et Trebellianica reſtituat hereditatem inſtituto heredi, et legata praeſtet tanquam fideicommiſſa particularia (§. VI. *). Nam quae de nato praeterito dicta (§. VII.), non poſſunt non ad naſciturum proferri, cum idem vtriusque ſit fauor eademque utriusque ratio.

*) arg. L. XXIIII. §. 1. ff. *ſi quis omiſſa cauſſ. teſt.* L. I. §. 1. *de codic.* et arg. L. XXIIII. §. 11. ff. *de fid. libert.* vbi ICtus VLPIANVS *ex teſtamento,* inquit *quod agnatione poſtumae ruptum eſſe conſtitit, neque directas libertates competere, nec fideicommiſſarias deberi, SI QVAS NON A LEGITIMIS QVOQVE HEREDIBVS PATERFAMILIAS RELIQVERIT, ſatis conſtat,* quae poſtrema verba nihil illud denotant quam hoc: *niſi clauſula codicillaris teſtamenta inſerta ſit,* cum per hanc a legitimis heredibus aliquid relinquatur L. XXVIIII. §. 1. ff. *qui teſtament. fac. poſſ.* (§. 6. *).

XV.

§. XV.

Supponitur tamen in §. praec. testatorem sciuisse, se habiturum esse postumum. Quodsi enim ignorauerit, corruit testamentum ob praeteritionem postumi, adiecta licet clausula codicillari, vt nec codicilli valorem habeat, quia testatoris voluntas de incogitatis non potest intelligi et ob vrgentem praesumtionem pietatis et affectionis paternae erga liberos non censetur voluisse praeterire postumum, si sciuisset, se talem habiturum *).

*) FAB. TVRRET l. c. qu. LXIII. seq. IO. BRVNNEMANN. *ad auth. ex causa C. de lib. praet.* n. 5. BEN. CARPZ. P.III.C.VIIII. def. 5. SAM. STRYCK diss. *de clausf. cod.* n. 87. Nihilominus tamen ICti Wittebergenses referente IO. HENR. A BERGERO *oec. iur.* lib II. tit. IIII. §. 36. not. 1. respondere, quod testamentum clausula codicillari sustineatur, in quo postumus etiam ob ignorante patre est praeteritus.

§. XVI.

Sed cum supra §. VII. ostensum fuerit, non impedire effectum clausulae codicillaris praeteritionem fratrum vel sororum, praelata turpi per-

perſona factam: neceſſe eſt, vt refellamus ea in re diſſentientes, inter quos eſt PAVLLVS DE CASTRO *), IO. PETR. SVRDVS **), CARD. TVSCHVS ***), SAM. STRYCKIVS ****) aliique, qui in aequitate quadam ſententiae ſuae fundamentum quaerunt, putantes, aequum eſſe, turpem perſonam plane excidere omni emolumento ob praeteritionem fratrum et ſororum, vt ne quidem tanquam fideicommiſſum petere poſſit hereditatem, licet teſtamento inſit clauſula codicillaris. His merito obiicimus 1), quod lex admittat turpem perſonam ad hereditatem, quae ipſi teſtamento delata eſt, modo fratribus legitima ſit aſſignata in teſtamento, quia tunc teſtamentum valet, ideoque etiam admittenda eſt tunc, ſi praeteriti ſunt fratres et teſtamento addita eſt clauſula codicillaris, tunc enim etiam fratribus confertur legitima, imo praeterea Trebellianica (§. VII.), ideoque in poſteriori caſu adhuc maior adeſt ratio, quam in priori. Deinde 2) ſufficit, quod teſtamentum habeat requiſita codicilli, etiamſi in eo fratres ſint praeteriti

prae-

praelata turpi perſona. Hinc non omnes cum laudatis ICtis ſentiunt †). Si vero ponas turpem illam perſonam eſſe plane *inhabilem*, nihil habeo quod monere poſſem ††), ſiquidem ſupra dictum eſt, inhabilitatis defectum non ſuppleri per clauſ. cod.

*) P. I. *conſil.* CCLXVIII. n. 2.

**) *de alim.* tit. VIII. priuil. XXXV. n. 3.

***) To. I. *pract. concl.* lit. C. concl. CCLXXXXII. n. 154. ſeq.

****) diſſ. *de clauſ. cod.* n. 105.

†) Vti videre licet apud FAB. TVRRET. *dict. tract.* vbi multos diſſentientes nominat.

††) et ad hunc caſum ~~STRYCKII et aliorum~~ modo expoſitam ſententiam recte reſtringit GEO. AD. STRVV. *Exerc. XXXIIII.* theſ. LXV. inf.

§. XVII.

Imo tunc quoque 6) clauſula noſtra vſum habet, ſi teſtes, in teſtamento adhibiti, non ſunt rogati, prout leges poſtulant *). Quanquam enim rogatio teſtium ſit omiſſa, tamen ſollemnitatibus codicilli teſtamentum gaudet, cum in codicillo rogatione teſtium non ſit opus **), et quoties teſtamento inſunt codicilli ſollemnitates

tes

tes et ſubſtantialia, toties clauſula codicillaris teſtamentum in vim codicilli ſuſtinet (§. VI.).

*) L. XXI. §. penult. ff. *qui teſt. fac. poſſ.*

**) Quanquam enim in teſtamento teſtes rogare neceſſe ſit, tamen in codicillis id minime requiritur. Nam cum in teſtamentis rogatio ideo requiratur, quod teſtamenta olim in comitiis conderentur, vbi populus ſollemni formula rogandus erat, GELL. *noct. Atticis* lib. XV. c. 27. codicilli autem nunquam in comitiis facta ſint, ceſſat in codicillis ratio rogationis, ideoque ipſa rogatio.

§. XVIII.

Putant etiam valere teſtamentum vi clauſulae codicillaris vt codicillum 7), ſi in eo filius teſtatoris ſit inſtitutus ſed grauamine iniuſto heredis inſtitutioni adiuncto v. g. ſi filius ſaltim in legitima ſit heres ſcriptus addita conditione, quam lex reſpuit *). Et conuenit etiam hoc principio noſtro §. VI. praemiſſo, quia tunc adſunt teſtamento requiſita codicillaria. Nimirum ſi conditio deficit, filius perinde habetur ac ſi exheredatus fuiſſet, et hinc mediante clauſula codicillari in vim fideicommiſſi valet teſta-

ſtamentum **), vt filius etiam deficiente conditione nihilominus legitimam capiat.

*) Vid. L. XXXII. C. *de inoff. teſt.* Olim equidem liberi ſub quadam conditione recte inſtituebantur. Diſtinguebant ſcil. Romani inter conditionem poteſtatiuam, caſualem et mixtam, ita vt poteſtatiua filio adſcribi poſſet, non alia L. IIII. §. 1. ff. *de heredibus inſt.* cum extraneo quaelibet adſcribi poſſet. Sed iure nemo legitima nullam plane admittit conditionem per cit. L. XXXII. C.

**) IO. DILECTVS *de arte teſt.* tit. III. caut. III. ſol. 210.

§. XVIIII.

Poſtquam expoſuimus effectus clauſulae codicillaris, quos vere habet, remotiue nunc erit procedendum et oſtendendum, in quibus caſibus illa nihil poſſit operari, et teſtamentum ne quidem vt codicillus ſubſiſtere queat, adiecta licet clauſula codicillari. Praemittenda hic quoque eſt generalis regula, ex qua caſus illi intelligi facile poſſunt. Regula haec eſt: *Nullum habet effectum clauſula codicillaris, quoties teſtamento deeſt requiſitum codicilli.* Veritas huius axiomatis ex eo apparet, quod effectus clauſulae codicil-

dicillaris in eo consistat, vt testamentum valeat tanquam codicillus. Cum enim vt codicillus valere nequeat, si requisita codicilli in eo deficiunt, manifestum est, hoc in casu clausulam effectu suo destitui.

§. XX.

Ex hoc axiomate sequitur, vt 1) testamentum tunc nullam ex clausula codicillari sentiat vtilitatem, si testator inhabilis fuit v. g. furiosus, prodigus, mente captus, impubes, filius familias vel in poenam facultate testandi priuatus fuerit *). Etenim deficiente habilitate testatoris, deficit requisitum codicilli, cum habilitas eadem ad condendum codicillum requiratur, quae ad testamentum, nullusque alius codicillum facere possit, nisi qui testamenti faciendi ius habet **).

*) BEN. CARPZ. P. III. C. IIII. def. 39. CHRISTO. PHIL. RICHTER P. I. dec. LXIII. n. 18. seq. SAM. STRYCK. *caut. test.* C. XXIII. §. 42. 10. HEIN. A BERGER l. c. not. 2.

**) L. VI. §. 3. ff. *de iur. cod.* cui obstare videtur pr. I. *de codicillis*, vbi AVGVSTVS ex consilio CAII TREBATII TESTAE statuisse dicitur,

vt si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Sed non loquitur memoratus Instit. textus de eo, qui immediate ob legis prohibitionem testari impeditur, sed de eo, cui circumstantiae loci, temporis aliaeque ponunt impedimentum, ob quod testamentum facere nequit v. g. quod testium sufficientem numerum habere nequeat, neque iudicis copiam. Prior codicillum condere nequit per L. VI. cit., bene vero posterior per cit. pr. I. de cod. v. g. qui septem testes habere nequit, recte facit codicillum, in quo tot testes non sunt necessarii. Hoc modo facile conciliantur leges istae sibi apparenter contradicentes.

§. XXI.

Similiter 2) nec illud testamentum iuuatur clausula codicillari, in quo inhabilis heres scriptus est *). Tum enim etiam deficit codicilli requisitum, cum habilitas eius, cui quid confertur non solum testamenti, sed etiam codicilli requisitum constituat, et nemini in codicillo aliquid relinqui possit, nisi cui in testamento **). Accedit et hoc quod mutato testamento in codicillum heredis institutio tanquam fideicomissum valeat et defuncti bona heredi instituto tanquam fideicommissum deductis

ductis deducendis praestanda sint (§. VI. *), inhabilis heres autem fideicommissum capere nequeat ***). Et qui directo non succedit, nec per indirectum, ne fraus legi fiat ****).

*) FAB. TVRRET. *de effect. clauf. cod.* qu. CXXVII. def. 51.

**) L. XIIII. ff. *de iur. cod.* GEO. AD. STRVV. *in iurispr.* lib. II. tit. XXVIII. §. 2.

***) quod olim secus IVST. HENNING. BOEHMER *not. ad l.* p. 361. et per L. cit. demum introductum

****) SAM. STRYCK. l. c.

§. XXII.

Non tamen mens nostra haec est in §. praec. quasi omnia capita testamenti corruerent ob inhabilitatem heredis instituti, sed saluas manere vi clausulae cod. omnes alias dispositiones testamenti, in quibus nullum est vitium et tanquam codicillos subsistere. Sic v. g. valebunt legata aliis habilibus in eo relicta etc. Nam cum haec subsistant vi clausulae nostrae, herede nullo instituto (§. X.): idem dicendum est, si inhabilis sit institutus, maxime cum hodie legata etiam in codicillis relinqui possint *) in quos conuertitur testamentum per clauf. cod.

Hinc apparet, verba praecedentis §. ita esse intelligenda, vt clausula cod. solummodo respectu ipsius inhabilis heredis nihil operari possit eique tantummodo nihil conferre.

*) L. I. C. *de codic.* L. XXII. pr. ff. *de leg.* 3.

§. XXIII.

Porro ex axiomate §. XVIIII. posito sequitur, 3) clausulae cod. vim cessare regulariter*), si nequidem 5., sed pauciores testes in testamento sunt adhibiti, quia tunc sollemnitatem codicillarem deficere manifestum est, cum per notoria iura 5. testes ad codicillum regulariter requirantur **).

*) Diximus regulariter, si quidem exceptio est tunc, quando testator in tali statu est constitutus, vt singulari priuilegio gaudeat v. g. in loco peste infecto, tunc enim codicillum aeque ac testamentum coram duobus testibus facere potest IO. BALTH. A WERNHER P. III. obs. CXVII. ideoque tunc testamentum eius vi clausulae cod. vt codicillus valere potest, modo 2. testes adfuerint conf. supr. §. 13.

**) L. fin. C. *de codic.*

§. XXIIII.

§. XXIIII.

Et cum etiam 4) tunc requiſitum codicilli teſtamento deſit, ſi teſtes in eo adhibiti ſunt inhabiles: tuto etiam ex principio, §. XVIIII. poſito, argumentamur, codicillarem clauſulam vim habere nullam. Inhabiles autem ſunt teſtes in codicillis imprimis furioſi, prodigi et in genere ii, quos lex a teſtimonio ſollemnitatis dicendo arcet *), quia in codicillis teſtes non ſolum veritatis ſed ſimul etiam ſollemnitatis cauſſa requiruntur, quod ex eo facile intelligi poteſt, quod 5. requirantur. Quodſi enim ſolummodo veritatis ſeu probationis cauſſa adhibendi eſſent, ſane duo ſufficerent, cum duo teſtes claſſici plenam faciant probationem **).

*) Ideoque etiam feminae. Has tamen in codicillis habiles eſſe teſtes opinantur alii, inter quos eſt GE. AD. STRVV. *in iurispr.* l. II. tit. XV. §. 13. IO. GOTTLIEB. HEINECC. *Elem. iur. ciu.* §. 684. quia feminae teſtimonium veritatis dicere poſſunt L. XX. §. *6.* ff. *qui teſt. fac. poſſ.* L. XVIII. ff. te teſtibus et quia in §. 3 I. *de codic.* dicitur: *codicilli conduntur ſine vlla ſollemnitatis ordinatione,* ex quo apparere videtur, in codicillis teſtes ſolummodo probationis non ſoll. cauſſa requiri. Sed prior ratio iam eſt reiecta

in §. et posterior olim quidem vera erat, cum institutiones compilarentur, quia tum temporis 5. testes non erant necessarii in codicillis, nec alia sollemnitas, cessat vero haec ratio iure nouo et inprimis Codicis, quo 5. testes aliaeque sollemnitates requiruntur, v. gr. vnitas actus L. f. C. *de cod.* Hinc recte in sententiam a STRVVIO et HEINECCIO dissentientium imus A. VINNII ad §. *6.* I. *de test. ord.* et HENRICI BERNHARDI REINOLDI *varior.* c. VIII. conf. IENICHEN d. *de testimonio mulierum in codicillis.*

§. XXV.

Porrro ex axiomate §. XVIIII. fluit, 5) tunc clausulae codicillaris vim cessare, si testamentum ratione voluntatis est imperfectum, i. e. si testator morte praeuentus est, antequam omnia, quae disponere voluit, in test. absoluerit v. g. si dicit: CAIVS *h. e.* TITIO *do lego centum*, sed etc. et sic sermonem non absoluit *). Tunc enim etiam codicilli requisitum cessare, non est dubium, cum ad codicillum aeque ac testamentum requiratur perfectio intuitu voluntatis **).

*) IAC. GOTHOFREDVS *in Comm. ad Cod. Theod.* To. I. p. 349. colum. 2. n. 2. 10. HENR. DE BERGER l. c. n. 2. Quid sit imperfectum testamentum docet laudatus BERGER l. c.

**) Con-

**) Confirmat hoc luculenter VLPIANVS L. XI. §. 1. ff. *de leg.* III. *quoties quis, inquiens, exemplum testamenti praeparat, et prius decedat, quam testetur, NON VALENT QVASI EX CODICILLIS, quae in testamento scripta sunt, licet verba fideicommissi scriptura habeat.*

§. XXVI.

Tandem 6) cum ad codicillum etiam requiratur subscriptio testium et continuitas actus *) ideoque, alterutra deficiente, iterum codicilli requisitum desit: recte colligitur ex principio §. XVIIII., tum quoque clausulam codicillarem testamentum non posse in codicillum transmutare.

*) L. f. §. 3. C. *de codicillis.*

§. XXVII.

Restat vnica species, qua clausula nostra effectu caret, quae tamen ex principio nostro fluere non videtur, sed sola legislatoris voluntate determinata est. Nimirum 7) tunc quoque clausula dicta nullo gaudet effectu, si heres extraneus ex testamento egit tanquam testamento et succubuit. Scilicet si testamentum clausu-

lam

Iam codicillarem habet annexam, in arbitrio ſcripti heredis eſt, vtrum *jure directo* hereditatem ex teſtamento, an vero eandem virtute clauſulae codicillaris ab herede legitimo, tanquam fideicommiſſum petere et ita dodrantem ſeu nouem vncias (quarta trebellianica apud heredem remanente) accipere velit. Aſt vna via ſemel electa, altera praecluditur i. e. ſi ſemel ex teſtamento egit et ſuccubuit, integrum ipſi haud eſt, poſtea ex clauſula codicillari agere *); modo reus ſtatim litem ſit conteſtatus. Ante enim, quam litis conteſtatio ſit facta res adhuc eſt integra ~~vt actor ſeu heres~~ inſtitutus mittere poſſit directam hereditatis petitionem et fideicommiſſariam inſtituere, prouti etiam heredes teſtatoris legitimi, nimirum liberi, parentes et coeteri vsque ad quartum agnationis vel tertium cognationis gradum, ſi ſcripti fuerint in tali teſtamento, clauſula codicillari praedito, adhuc variare et aliam viam eligere poſſunt **). Ratio diuerſitatis eſt: quod extranei ad aliena, agnati vero et cognati ad ſua

quo-

quodammodo et ſanguinis iure ſibi debita bona vocentur. At ratio denegatae alternationis vel variationis non ſolum in odio omnis variationis quaerenda eſt, ſed etiam in eò ſimul, quod, lite ſuper hereditatis petitione ſemel conteſtata cum reo, actor renunciaſſe intelligitur iuri ex praedicta clauſula ipſi enato fideicommiſſario ***).

*) L. fin. pr. C. *de codic.* OSWALD. HILLIG. *in Donell. emend.* l. VII. c. XVIII. lit. F.

**) dicta L. fin. §. ſi vero.

***) L. cit. vid. IO. HENR. A BERGER *oec. iur.* lib. II. tit. IIII. §. 36. not. 6. vbi reſponſum eſſe teſtatur ſecundum rigorem legis memoratae. conf. IO. PH. TREIBERI diſſ. *de clauſula cod. teſtamento nunquam proficua* th. III. §. 10. quae diſſ. cum multis aliis ſelectiſſimis libris e bibliotheca egregia Magnifici Domini Rectoris Academiae, Ill. HEIMBVRGII, Hoſpitis, Praeceptoris ac Patroni mei ad cineres vſque ſummopere venerandi, benigniſſime mecum communicata eſt.

§. XXVIII.

Sed recte monet excitatus BERGERVS *): quod modo adducta L. f. ſimplicitati et aequitati naturali vix conueniat. Nam renunciatio

iuris non praesumitur et ex alia caussa agenti nec ex eadem ex qua repulsus est non obstat exceptio rei iudicatae **).

*) *in resolut. leg. obst.* p. 631. cum IO. BRVNNEMANNO ad cit. L. vlt. n. 2.

**) L. XIIII. pr. ff. *de exc. rei iud.*

§. XXVIIII.

Quae hactenus disputata sunt non leuem clausulae codicillaris euincunt vtilitatem, vt sic mirari posses, quomodo IO. PHILIPPVS TREIBERVS, modo nominatus, dissertationem sub titulo: *de clausula salutari testamento nunquam proficua* scribere potuerit. Sed perlegenti tibi hanc dissertationem facile patebit, eam effectus illos, quos ex principiis indubitatis deduximus legibusque ac rationibus firmauimus, in dubium minime vocare, sed hanc solummodo esse eius mentem, quod clausula, circa quam occupati sumus, non seruet testamentum *qua tale*, et ad subsistentiam testamenti *qua testamenti* nil conferat sed in codicillum illud conuertat. Sic itaque nobiscum consentit, et non est, cur

con-

contra illum auctorem disputemus. Quod autem ea, quam determinauimus, sit vera mens, ipse auctor celeberrimus in tractatione expressis verbis fatetur et quidem th. 1. §. 9. Interim inscriptio ista sine explicatione spectata videtur ambigua et ita capi posset, ac si clausula cod. plane nullum vsum haberet, quod clarissimis repugnaret legibus.

§. XXX.

Iam ad ipsum principale argumentum progrediendum est et vtrum codicillaris clausula tacite in testamento sit subintelligenda, inquirendum, qua in quaestione decidenda mirifice DD. discrepant, vt triplicem inuenias eorum sententiam. Quidam enim simpliciter affirmant quaestionem, quo referas IO. A SANDE †) IAC. MENOCHIVM ††) aliosque, alii absolute eandem negant, in quorum numero plurimi sunt ICti, ex quibus nominasse sufficiat IO. CHIFLETIVM *) OSW. HILLIGERVM **) CARPZOVIVM ***) IO. BRVNNEMANNVM ****) SAM. STRYCKIVM *****), alii denique distinguunt inter species

 testa.

teſtamentorum et in quibusdam priuilegiatis eam ſubintelligi credunt, non in aliis *****). Vt itaque ordine procedamus, exponemus primo veritatem et deinde diſſentientes refutabimus, inter quos primo illos, qui ſimpliciter negant codicillarem clauſulam ſubintelligi, poſtea vero diſtinguentes ſunt audiendi.

†) lib. IIII. tit. I. def. 12.

††) *de praeſ.* lib. IIII. praef. III. n 5. ſeqq.

*) *de iur. fideicommiſſ.* lib. III. c. II.

**) ad DONELLVM lib. VII. c. XVIII. lit. B.

***) P. III. C. IIII. def 38. qui tamen alio loco diſtinguentium caſtra ſequitur.

****) ad L. f. §. 1. et 2. C. *de codic.*

*****) *in caut. teſt.* c. XXIII. §. 32. et in V. M. ff. lib. XXVIIII. tit. vlt. §. 9.

******) in quibus eſt BERGERVS memoratus l. c. not. 5. et CARPZ. citatus P. III. C. IIII. def. 20. 22. n. 7. IAC. MENOCH. lib. IIII. praef. XXXI. n. 9. FRANC. MANTICA *de coniect. vlt. vol.* lib. I. tit. VIIII. HARTM. PISTOR P. IIII. qu. VIIII. n. 19.

§. XXXI.

Veram eſſe credimus eorum ſententiam, qui omni teſtamento clauſulam noſtram praeſumtive

ve inesse judicant, sed excipimus illum casum, si ex ipsis testamenti verbis clare appareat, testatorem noluisse, vt testamentum suum vnquam valeat tanquam codicillus. Firmabimus primo regulam argumentis, ab aliis partim plane intactis, partim non sufficienter excussis, deinde etiam exceptionem corroborabimus. Nimirum, qui vltimam declarat voluntatem, aut vult facere testamentum principaliter aut codicillum principaliter. De posteriori casu non loquimur. In priori aut vult in subsidium codicillos conficere, aut non. Posteriorem speciem concernit nostra exceptio, de qua §. XXXX. et in priori iterum adhibenda est distinctio. Nam si testator vult, vt testamentum suum in subsidium valeat tanquam codicillus illud vel vere vult, vel praesumtiue, et si illud, vel expresse vel tacite. De expressa voluntate testatoris vt testamentum valeat vt codicillus, hic non agimus, sed de tacita et praesumtiua *).

*) Non ita distincte procedere alios quosdam in hoc argumento, et confundere tacitam codicillarem clausulam et praesumtam, quilibet facile animaduertit,

qui aliorum parcas admodum de hac materia obſeruationes perluſtrat.

§. XXXII.

Tacita voluntas, quatenus a praeſumtiua diſtinguitur, per notoria iuris principia eſt ea, quae proxime ex factis quibusdam concludentibus volentis per ſe colligitur *) cum, e contrario praeſumtiua ea ſit, quae proxime ex legis diſpoſitione eruitur, vel a iudicio iudicis dependet. Quapropter ſi tacitam dari codicillarem clauſulam volumus demonſtrare, neceſſe eſt, vt facta quaedam teſtatoris occurrere oſtendamus, ex quibus voluntas eius, quod teſtamentum in ſubſidium vt codicillus valere debeat, colligi poſſit; et ſi praeſumtiue clauſulam codicillarem teſtamento ineſſe probare volumus, lex quaedam erit oſtendenda, quae prodit voluntatem teſtatoris de ſubſidiariis codicillis condendis, cum iudicis arbitrium illam non poſſit affingere teſtamento. Facta memorata quod attinet, ea exiſtere interdum et exiſtere poſſe omnino certum eſt. Sic enim fieri poteſt, vt teſta-

teſtator vel in ipſo teſtamento vel extra illud declaret, quod, niſi teſtamentum ſuum iure teſtamenti valere poſſit, heredes ab inteſtato deducere debeant quartam Trebellianicam ab hereditate et reliquam reſtituere heredi in teſtamento ſcripto. Nonne hic teſtator tale quid facit, ex quo tuto concludi poteſt voluntas eius vt teſtamentum in ſubſidium valeat iure codicillorum **)? Porro 2) ſi declarat, ſe deficiente iuſto teſtium numero fore contentum 5. teſtibus habilibus, nonne idem dicendum eſt? nonne tunc etiam implicite ſignificat ſe ſperare et velle, vt teſtamentum ſuum valeat iure codicillorum in ſubſidium? Profecto nihil aliud poteſt credi, ſi teſtator vel ipſe iurium peritus eſt, vel ex conſilio iuris peritorum id agit, ideoque ſcit 5. teſtes ſolum ad codicillum non ad teſtamentum ſufficere. Idem ſtatuendum eſt, 3) ſi dicit, volo, vt teſtamentum meum *iure fideicommiſſi* valeat, niſi vt teſtamentum ſubſiſtere poſſet. Interim non nego, fore, qui huic et proxime praecedenti declara-

clarationi teſtatoris clauſulam codicillarem ineſſe negent, ideoque nemini ſuadere vellem, vt lubrica hac declaratione vtatur, quanquam ſi mens teſtatoris accurate ponderatur, quae nouo iure plus quam verba eius valet***), dictae declarationi vis codicillaris clauſulae iure tribui poſſit.

*) Ill. atque longe celeberrimus DARIES *Inſt. iur. vn.* §. 401.

**) Neque enim huc pertinet L. XIII. ff. de inofficioſo teſtamento, quippe quae non de noſtra ſpecie, ſed de teſtamento inofficioſo quaſi a demente facto loquitur, conf. IO. BRVNNEMANN ad L. cit. ideoque in oppoſito caſu noſtro nobis adſiſtit.

***) L. III. C. *de lib. praeter.*

§. XXXIII.

Porro ad facta illa, ex quibus teſtatoris voluntas de codicillis ſubſidiariis condendis eluceſcit, referendum eſt 4) ſi teſtator in teſtamento vim et effectum teſtamenti prohibuerit. Tunc enim ſuccedentes ab inteſtato videntur dare rogati *), 5) ſi dixit, vt actus, quem agit, omni ſollemnitate remota valeat **), 6) ſi voluerit legata deberi etiamſi hereditas non adeatur

tur ex teſtamento ***), 7) ſi adiecto diſtributiuo *quisquis mihi heres erit*, heres ita nuncupatus dare damnatus fuerit ****).

*) IO. DE IMOLA in L. I. ff. *de condit. inſt.*

**) PETRVS BALDVS in L. penult. in f. ff. *de leg.* II. SOCINVS reg. 398.

***) PETRVS BALDVS in L. I. ff. *ſi quis omiſſ. cauſſ. teſt.* OSWALD. HILLIG. *in Donello emend.* lib. VII. tit. XVIII. lit. E.

****) IDEM. in L. XVIIII. ff. *de exc. rei jud.*

§. XXXIIII.

Tandem 8) ſi teſtator voluerit, vt teſtamentum ſuum valeat *omni meliori modo*, *vel iure cuiuslibet vltimae voluntatis*, dubium nullum eſt, quin animus teſtatoris de codicillis in ſubſidium condendis poſſit ex hac declaratione erui. *)

*) Vid. L. XXVIIII. §. I. ff. *qui teſt. fac. poſſ.* OSWALD. HILLIG. l. c. lit. D. Neque nobis obiici poteſt, verbis *iure cuiuslibet vltimae voluntatis* vel *omni meliori modo* clauſulam codicillarem non tacite ſed expreſſe contineri. Vtique enim tacite tantum continetur, quia haec verba *non directo* codicillum loquuntur ſed *per conſequentiam* tantum eum inuoluunt. Et certe qui talibus vtitur verbis, quae rem non directo deſignant, ſed per indirectum, non *ex-*

presse rei facit mentionem sed tacite. Sic si dico: *omnis homo est rationalis*, Caium non expresse sed tacite seu implicite designo.

§. XXXV.

Cum itaque hactenus recensuerimus facta, quae produnt voluntatem testatoris, vt testamentum suum valeat tanquam codicillus, si vt testamentum valere nequit et positis talibus factis ponatur tacita clausula codicillaris (§. XXXII.): manifestum est *dari clausulam codicillarem tacitam.*

§. XXXVI.

Nunc ad id, quod magis in dubium vocatum reperimus, provenimus, scil. utrum *praesumatur* clausula codicillaris in testamento, licet factis nullis sit declarata. Et in hoc quidem argumento lex est quaerenda, ex qua praesumtio iuris oritur. Fatemur, legem extare nullam *specialem*, quae expressis verbis hanc praesumtionem contineret, sed tamen dantur leges, quae eandem virtualiter et implicite continent

tinent, quaeque non ſolum humano arbitrio innituntur ſed ipſa etiam recta ratione. Ex his prima eſt, quod *nemo actum fruſtraneum agere velle credendus ſit*, quae ipſi humanae naturae et rationi aeque ac ciuilibus diſpoſitionibus *) per quam conueniens eſt; quaeque in vltimis voluntatibus eo magis eſt obſeruanda, quo grauiora ſunt conſectaria, quae ex earum nullitate ſunt expectanda. Et ſane ipſos ICtos Rom. hac lege in vltimis voluntatibus vſos eſſe, ſcripta eorum, in digeſtis conſeruata, luculenter demonſtrant. Exemplo ſit PAVLVS**) qui hanc tractat ſpeciem: LVCIVS TITIVS, inquiens, *cum ſuprema ſua ordinaret in ciuitate et haberet neptem ex filia praegnantem, rure agentem, ſcripſit id quod in vtero haberet ex parte heredem: quaero cum ipſa die, qua* TITIVS *ordinaret teſtamentum in ciuitate, hora diei ſexta, eodem die albeſcente coelo rure ſit enixa* MAEVIA *maſculum, an inſtitutio heredis valeat, cum, quo tempore ſcriberetur teſtamentum, iam editus eſſet partus:* PAVLLVS *re-*

 ſpon-

ſpondit, verba quidem teſtamenti ad eum pronepotem directa videri, qui poſt teſtamentum factum naſceretur: ſed ſi, (vt proponitur) eadem die, qua teſtamentum factum eſt, neptis teſtatoris, antequam teſtamentum ſcriberetur, enixa eſſet, licet ignorante teſtatore, tamen inſtitutionem iure factam videri recte reſponderi. Ratio huius deciſionis alia inueniri nequit, quam quod de teſtatore praeſumendum, eum noluiſſe vt inſtitutio naſcituri putatiui, qui iam vere natus erat, ſit fruſtranea ob erronem leuem circa diem vel horam natiuitatis. Scilicet caſus hic eſt: auus inſtituit in teſtamento eum, quem neptis paritura eſt, ſed ingnorante auo neptis iam edidit partum, quaer. an valeat inſtitutio? Reſpondetur in L. cit. ex verbis teſtamenti non valere, quippe quae de naſcituro concepta ſunt non de nato, ſed tamen ex intentione teſtatoris, quia non vult teſtator, vt inſtitutio ſua ob exiguum errorem circa horam natiuitatis ſit irrita et quia, ſi quis teſtatori natiuitatem iam factam nunciaſſet, interrogans eum, an partus heres

heres esse debeat? profecto testator respondisset: heres esto ***). Vnde altera regula, ad argumentum nostrum spectans, cum DD. colligitur, *quod testator pro sua voluntate interrogatus respondisset id pro expresso habetur seu praesumitur* ****).

*) L. LXXX. ff. *de verb. obl.* L. III. ff. *de testam. mil.* vbi: *nec credendus est quisque genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia.*

**) in L. XXV. ff. *de lib. et post.*

***) vid. IO. BRVNNEM. ad L. cit.

****) I. KLOCK. vol. III. conf. CX. MATTHI. BERLICH. P. II. dec. vlt. SVRDVS vol. I. conf. LXXXVIII. n. 15. et conf. CXII. n. 100. conf. IO. BRVNNEM. l. c.

§. XXXVII.

Accedit tertia iuris regula ab indubio vltimarum voluntatum fauore, quo leges eas prosequuntur, desumta, *quae testamentum in dubio ita capi vult, vt subsistat magis, quam corruat testatoris voluntas*, quae regula innumeris exemplis et rationibus, si opus esset, corroborari posset, quaeque aequitati apprime conuenit.

Haec etiam praesumtionem, quam stabilire intendimus, non parum adiuuat.

§. XXXVIII.

Cum itaque 1) lex ipsa praesumat, neminem frustraneum actum suscipere et 2) testatorem id voluisse, quod interrogatus respondisset (§.XXXVI.) praetereaque 3) testamentum in dubio ita explicari velit lex, vt subsistat testatoris dispositio (§. ant.): certe consequens est, praesumere etiam legem, testatorem voluisse, vt testamentum suum iure codicilli valeat, nisi vt testamentum subsistere possit. Et hinc manifestum est ex triplici ratione, *legem in testamento praesumere clausulam codicillarem.* Quilibet enim facile intelligit, degenerare testamentum in actum plane nullum et irritum, si vt testamentum valere nequit neque vt codicillus valere debet, et testatorem interrogatum, vtrum velit, suum testamentum neque vt codicillum neque vt testamentum valere, responsurum fuisse: volo, vt tanquam codicillus subsistat, in subsi-

dium

dium. Haec, nisi testatorem mente captum fingas, negare haud audebis.

§. XXXVIIII.

Tandem accedit quarta ratio praesumtae clausulae codicillaris, quae ab eo desumta est, quod in omnibus fere testamentis clausula codicillaris adiiciatur *) et quod regulare est, praesumatur.

*) BEN. CARPZ. P. III. C. VIIII. def. 12. fin.

§. XL.

Sed cum supra §. XXXI. casus quidam fuerit exceptus, ubi clausula codicillaris in testamento praesumi nequit: nunc de eo paucis erit agendum. Casus exceptus hic est, vbi testator luculenter declarauit, se *tantummodo* testamentum condere velle nullosque codicillos subsidiarios. In hoc casu non potest non cessare praesumtio clausulae codicillaris *), quia omnis praesumtio cedit veritati et probationi contrarii **). Neque est, cur dubitemus dari interdum talem casum. Fieri enim

potest,

poteſt, vt teſtator odio proſequatur heredes ſuos ab inteſtato et omne ex hereditate ſua emolumentum ipſis ſubtrahere allaboret ***). Tunc ſane etiam quartam Trebellianicam ipſis conferri non vult, quae tamen ipſis conferretur, ſi teſtamentum ductu clauſulae codicillaris in codicillum tranſiret. His itaque ſub circumſtantiis fieri poteſt, vt vel expreſſis verbis vel aliis luculentis ſignis declaret, nolle ſe, vt teſtamentum iure codicillorum valeat et fideicommiſſi naturam induat, ne quid lucri accreſcat heredibus ſuis ab inteſtato.

*) Huc ſpectat L. VIII. §. 1. C. *de codicillis* vti infra exponemus.

**) Id quod ex ipſa natura praeſumtionis pateſcit, *quippe quae eſt propoſitio ex probabilibus rationibus pro vera habita donec probetur contrarium*; niſi loquaris de improprie ſic dicta praeſumtione iuris et de iure.

***) Quod ſubſtitutiones in teſtamentis docent, quippe quae hodie maxime fiunt in odium heredum ab inteſtato et ne *deſtituatur* teſtamentum, de quo pluribus egimus in diſſ. *de ſubſtituto vulgari per inſtitutum adeuntem non excluſo.*

§. XXXXI.

§. XXXXI.

Prodeant nunc illi, qui praesumi negant in testamento codicillarem clausulam, sed exprimi illam debere contendunt, quique legibus quidem variis armati sunt, quas tamen maximam partem veteris iurisprudentiae formularis principiis inniti credimus. Et nouae saniori et aequiori non conuenire. Vt hoc clarius fiat, praemittenda sunt quaedam de vereri testamentorum natura et qualitate, antequam ipsarum legum memoratarum explicationem aggrediamur. Erat nimirum testamentum ob singularem illud condendi modum in comitiis suffragante populo *), *instar legis* **) ideoque cum legislatoris non sit *suadere* in lege sua, vel *rogare* subditos sed *imperare* iis, colligebant inde Romani, testatorem quoque in testamento vti debere verbis *imperatiuis* et *directis* circa institutionem heredis ***) aeque ac circa legata ****), non precatiuis seu obliquis. E contrario codicilli nusquam in comitiis sunt conditi ideoque nec considerati sunt tanquam leges, vt sic in his

ratio verborum imperatiuorum, in teſtamentis olim neceſſariorum, plane ceſſauerit; quo factum eſt, vt codicilli tantum precatiua verba admitterent veluti fideicommiſſum et ſimilia verba et vt olim reſpuerent legata, vsquedum Iuſtinianus legata et fideicommiſſa particularia exaequauerit *****). Erat itaque differentia ratione verborum et formularum inter teſtamentum et codicillum tanta, quanta fere inter nigrum et album, et alterum alterius oppoſitum conſtituebat, vt ſic per ipſam rei naturam teſtamentum non ſimul eſſe poſſet codicillus, ſed teſtator ſcripturam teſtamenti praeparans non poſſet non excludere codicilli naturam ab iſta ſcriptura, quemadmodum qui pannum nigro colore tingit, nullo modo poteſt idem ſimul albo induere. Ex quo facile patet, teſtatorem olim velle praeſumi non potuiſſe, vt teſtamentum ſuum in ſubſidium fieret codicillus ideoque nec clauſulam codicillarem habere in animo. Cum qui ex duobus oppoſitis vnum eligit, non praeſumi poteſt re-

pudiato

pudiato electo alterum malle. Hinc sane mirandum non est, veteres ICtos in Digestis † statuere quod clausula codicillaris expresse adiicienda sit.

*) cuius modi in testamento condendo adhibendi rationem eruit IO. GOTTL. HEIN. Antiqq. lib. II. tit. X. CHRIST. THOMAS. d. *de prim. init. success. testam.*

**) Nou. XXII. c. II.

***) VLPIAN. in fragm. tit. XXI. §. 1.

****) quae prouti vel hac vel illa formula relicta erant *damnationis* legata dicebantur; vel *praeceptionis* vel *vindicationis*; vel *sinendi modo relicta* (§. 2. I. *de leg.* vlt. fragm. tit. XXIIII. §. 11. seqq. A. MERILL. *obs.* lib. VI. cap. XXXII.

*****) G. AD. STRV. *iurispr.* lib. II. tit ff. XXIIII. §. 19.

† e. g. in L. XXXXI. §. 3. *de vulg. et pup. subst.*

§. XXXXII.

Explorabimus nunc vtrum hodie etiam talis repugnantia inter codicillum et testamentum deprehendatur, ob quam veteres ICti Romani eum, qui testatur, codicillari voluisse non praesumunt. Licet ratione heredis instituendi etiamnum discrepet codicillus a testamento, siquidem ille heredis directi institutionem non

admittit *), bene vero teſtamentum: tamen tanta; non amplius ſupereſt differentia inter vtrumque, quanta olim erat. Primo enim Conſtantinus **) ſuſtulit verba directa et imperatiua circa inſtitutionem heredis in teſtamento olim obſeruanda, imo etiam circa legata ***) eadem aboleuit, deinde in codicillis legare permiſſum eſt aeque ac in teſtamentis (§. ant.) imo fideicommiſſa, quae in codicillis quoque relinqui poſſunt, ſiue vniuerſalia ſint ſiue ſingularia, hodie non praeciſe precatiuis verbis ſunt ordinanda ſed quibuscunque verbis, quae reſtitutione hereditatis vel eius partis aliquem onerant, abſoluuntur ****). Hoc poſito interdum non ſine difficultate iudicare poſſumus, noſtris temporibus vtrum teſtamentum adſit an codicillus. Finge enim Cajum deficientibus liberis et parentibus voluntatem vtimam huius tenoris declarare: *vxor mea habeat omnia mea bona excepta quarta eorum parte, quae ad fratrem meum pertinere debet.* Sane, ſi haec diſpoſitio iudicialiter inſi-

nua-

nuatur et teſtes nulli adhibentur, vt ex eorum numero iudicari nequeat, vtrum teſtamentum an codicillus factus ſit, non facile aliunde de eo conſtabit, cum verba diſpoſitionis huius ad teſtamentum aeque ac codicillum trahi poſſint, quia modo tanquam heredis inſtitutio directa vxoris, cui annexum eſt legatum fratri praeſtandum, explicari poſſunt *****), modo tanquam fidei commiſſum ab heredibus ab inteſtato praeſtandum (ſi heredis inſtitutionem directam meliori forma fieri debere opinaris) et priori caſu teſtamentum adeſt, poſteriori codicillus ab inteſtato factus.

*) §. 2. I. *de codic.* L. VI. *pr.* L. X. ff. *de iur. cod.* L. II. *C. de codicil.*

**) in L. XV. C. *de teſtam.*

***) in L. cit. ibi: *in poſtremis iudiciis ordinandis amota erit verborum ſolemnium neceſſitas.*

****) IOH. GOTTFR. SCHAVMBVRG. *iur. Digeſt.* lib. XXXVI. tit. I. §. 3.

*****) Non enim verbum *heres, ſuccedere, hereditas* ad inſtitutionem heredis requiritur, ſed quaelibet verba, quae ſucceſſorem vniuerſalem ſine alicujus reſtitutione futurum monſtrant, ſufficiunt ad di-

rectam institutionem AVG. A. LEYSER *medit. ad ff. spec.* CCCLVI. med. II. et spec. CCCLX. med. I.

§. XXXXIII.

Cum itaque hodie non tanta sit differentia inter codicillum et testamentum, quanta antiquis temporibus (§. antec.): corruit ratio, quare ICti Romani in Digestis eum, qui testari voluit, codicillari non voluisse praesumant, ideoque ipsa eorum praesumtio cadit. Nulla enim alia ratio mouit ICtos vel mouere potuit, quam quod toto coelo suis temporibus distaret codicillus a testamento et sibi inuicem essent contraria. (§. XXXXI.) Quod ipse a nobis dissentiens agnoscit IO. BRVNNEMANNVS *).

*) ad L. vlt. §. 1. 2. C. *de codicillis* verbis: *cum sint diuersae species.*

§. XXXXIIII.

His praestructis danda est responsio ad leges, quarum praesidio suffulti dissentientes contra nos disputant. Prouocant inprimis ad L. XXXXI. §. III. ff. de *vulgari et pup. subst.* vbi PAPINIANVS: *Quae ita locum habent,* inquit,

quit, *si patris testamentum iure valuit: alioquin si non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc* EXPRESSVM *sit.* Cum itaque hic dicatur, *exprimi* debere codicillarem clausulam, inferunt inde, eam non praesumi posse, nam quod praesumitur, non est necessario exprimendum. Sed, cum §. XXXXI. XXXXIII. probatum sit, leges Pandectarum, quae testatorem non codicillari voluisse praesumunt, non aliam habere rationem, quam quod olim codilli et testamenta verborum formulis sibi inuicem repugnarent, et hanc rationem nouo iure cessare: non possunt non ipsae etiam hae leges cessare. Quare cum haec, quam modo adduximus, lex etiam talis sit, manifestum est, eandem quoque vsu suo destui.

§. XXXXV.

Accedit et hoc, quod τὸ EXPRESSVM in lege occurrens vix ita stricte accipi possit, vt tacita voluntas excludatur. Saepe enim τὸ EXPRESSVM in iure idem denotat ac CLARVM.

Sic

Sic enim IVSTINIANVS collationis neceſſitatem EXPRESSIM remittendam eſſe diſponit *) quod nihil aliud indicat, quam CLARE eam debere; remitti, ſiquidem alia lege **) tacitam remiſſionem etiam valere docemur et lex ex lege eſt explicanda. Imo, quod PAPINIANVS in verbis: *niſi hoc* EXPRESSVM *ſit* diſponit, alia in lege ***) ſic habetur: *niſi id ille* COMPLEXVS SIT, *vt vim etiam codicillorum ſcriptura debeat obtinere*, vbi τὸ COMPLEXVS SIT, non ſolum de *expreſſa* declaratione ſed de tacita etiam intelligi poteſt. Interim fateor quod licet τὸ EXPRESSVM idem eſſet PAPINIANO ac *clarum*, tamen PAPINIANI aſſertum non ſtabiliat *praeſumtionem* clauſulae codicillaris. Sufficit autem nobis, in §. ant. monſtraſſe, illud ob ceſſantem eius rationem ipſum hodie extra vſum eſſe.

*) Nov. XVIII. c. 6.

**) L. XXXVIIII. §. 1. *ff. Famil. herciſc.*

***) L. vlt. §. 1. *C. de codicill.*

§. XXXXVI.

Idem dicendum eſt de aliis quibusdam legibus

gibus Digeſtorum, quas diſſentientes obtorto quaſi collo in ſuas trahunt partes, quaeque id plane non continent, quod in eo quaerunt. Hae enim, ſi iis vere patrocinarentur, tamen ceſſante earum ratione (§. XXXXIII.) non poſſent contra nos excitari. Ad has pertinet L. III. ff. *de teſtamento militeri* vbi VLPIANVS: *ſi miles*, inquit, *qui deſtinauerat communi iure teſtari, ante defecerit, quam teſtaretur*, POMPONIVS *dubitat. Sed cur non in milite diuerſum probet? neque enim, qui voluit iure communi teſtari, ſtatim beneficio militari renunciauit, nec credendus eſt quisque genus teſtandi eligere ad impugnanda ſua iudicia, ſed magis vtroque genere voluiſſe propter fortuitos caſus, quemadmodum plerique pagani ſolent, cum teſtamenta faciunt per ſcripturam, adjicere,* VELLE HOC ETIAM VICE CODICILLORVM VALERE: *quisquam dixerit, ſi imperfectum ſit teſtamentum codicillos non eſſe? nam ſecundum noſtram ſententiam etiam Diuus Marcus reſcripſit.* Sed quis quaeſo ex hac lege argumentum pro ad-

uerſariis noſtris extorquere valet? Tantum enim abeſt, vt illa ſententiam eorum ſtabiliat, vt potius noſtram non parum adiuuet, partim ob verba *nec credendus eſt quisquam genus teſtandi eligere ad impugnanda ſua iudicia* partim obſequentia: *ſed magis vtroque genere voluiſſe,* ex quibus ob manifeſtam rationis paritatem a milite, de quo ſermo eſt in hac lege, argumentum recte duci poteſt ad alium, vt quemadmodum miles vtroque genere ſcil. communi et in ſubſidium priuilegiato militari voluiſſe teſtari cenſetur, ſic etiam paganus vtroque modo ſcil. teſtamenti iure et in ſubſidium iure codicilli voluntatem ſuam declaraſſe praeſumatur. Ecce quam falſa ſint interdum D D. argumenta ex lege petita! Sed forſan ex poſtremis verbis, *plerique ſolent adjicere: velle hoc etiam vice codicillorum valere*, concludunt, quod *exprimenda ſit* clauſula noſtra. Aſt quis non videt, τὸ *ſolent* non eſſe diſpoſitiuum verbum ſed enunciatiuum, 2) τὸ *adjicere* non idem eſſe ac *exprimere* et tacite etiam et prae-

ſumte

ſumte aliquid adiici poſſe? Imo ex eo, quod *plerumque* adjiciatur clauſula codicillaris, nouum pro nobis fundamentum oritur praeſumtae clauſulae codicillaris, ſiquidem quod plerumque fit, etiam praeſumitur.

§. XXXXVII.

Eiusdem generis eſt L. penult. §. vlt. ff. de leg. 2., ad quam diſſentientes fruſtra prouocant, quaeque nihil, quod praeſumtionem noſtram deſtruere poſſet, habet. Sic enim lex loquitur: LVCIVS TITIVS HOC MEVM TESTAMENTVM SCRIPSI SINE VLLO IVRIS PERITO, RATIONEM ANIMI MEI POTIVS SECVTVS, QVAM NIMIAM ET MISERAM DILIGENTIAM: ET SI MINIVS ALIQVID LEGITIME MINVSVE PERITE ALIQVID FECERO, PRO IVRE LEGITIMO HABERI DEBET HOMINIS SANI VOLVNTAS *deinde heredes inſtituit. quaeſitum eſt, inteſtati eius bonorum poſſeſſione petita, an portiones adſcriptae ex cauſſa fidei commiſſi peti poſſint? Reſpondi ſecundum ea, quae*

 propo-

proponerentur, *posse*. Proponit haec lex ſpeciem, quod quis adjecit ſuo teſtamento clauſulam codicillarem, non quidem verbis directo ad illam directis, ſed per indirectum (§. XXXIIII.) *) et dicit ICtus, valere teſtamentum vt codicillum. Quod enim, vt codicillus valeat, ex eo apparet, quia dicit ICtus, portiones adſcriptas ex cauſſa fideicommiſſi peti poſſe, et illae *iure directo* valerent, ſi vt teſtamentum ſubſiſteret voluntas. Quomodo vero ex eo, quod in narrata ſpecie clauſula codicillaris vim ſuam habeat, inferri poteſt contrarium in eo caſu, ſi non expreſſa eſt? Nonne ſcimus notiſſimam regulam: *vnius poſitio non eſt alterius excluſio?* Profecto nihil minus ex hac lege colligi poteſt, quam argumentum pro diſſentientibus noſtris.

*) conf. IO. BRVNNEM. ad L. cit.

§. XXXXVIII.

Sed repeto denuo, leges illas Pandectarum, ſi vel maxime excluderent praeſumtionem clauſulae codicillaris, tamen nobis non ob-

ſtare,

ſtare, cum earum rationem non amplius obtinere, ſupra (§. XXXXIII.) monſtrauerim. Videbimus nunc, vtrum leges recentiores ex codice petitae, quas diſſentientes pro ſe allegant, nobis vere ſint contrariae, quippe quas vſu ſuo deſtitui, ſimpliciter dici nequit, vti de quibusdam Pandectarum legibus dictum eſt. Inter has eminet prae aliis L. VIII. §. I. C. *de codicill.* vbi THEODOSIVS *illud quoque*, inquit, *pari modo ſeruandum eſt, vt teſtator, qui decreuit facere teſtamentum, ſi id adimplere nequiuerit, inteſtato videatur, defunctus: nec transducere liceat ad fideicommiſſi interpretationem, velut ex codicillis vltimam voluntatem, niſi id ille complexus ſit, vt vim etiam codicillorum ſcriptura debeat obtinere.* Hic itaque diſponi credunt, quod regulariter teſtamentum non poſſit verti in fideicommiſſum et codicillum niſi clauſula codicillaris ſit expreſſa, quorum primum ex verbis, *nec transducere liceat ad fideicommisſi interpretationem*, poſterius ex verbis: *niſi id ille complexus ſit etc.* colligunt. Sed priora verba

ba respiciunt illum casum, quem supra §. XXXI. XXXX. proposuimus, vbi scil. clare constat, quod testator *tantummodo* facere voluerit testamentum, non vero codicillos subsidiarios, ne forsan heredes ab intestato capiant Trebellianicam. Hunc sensum praecedentia verba: *qui decreuit facere testamentum* suadent, imo etiam consequentia: *nisi id ille complexus sit*, quippe quae de adjecta clausula codicillari, quam vel verbis testator exprimit, vel mente et cogitatione complectitur, loquuntur, ideoque verbum NISI satis indicat, praecedere casum contrarium, quo testator eam mente non complexus est, seu, quod idem est, *tantummodo* testamentum condere voluit. Sane cum lex ex lege explicari debeat et iniquus sit ille interpres, qui repugnantiam legum admittit, vbi illa distinctione tolli commode potest; nemo facile hanc explicationem improbabit, perpendens principia iuris, pro praesumtione clausulae codicillaris supra §. XXXVI. et XXXVII. adducta, quippe quibus lex citata repugnaret, ni-

si

ſi ea, qua vſi ſumus, eius interpretatio admittatur. Et quo certius eſt, legem explicando ad principia eſſe accommodandam, eo minus explicatio noſtra vocari poteſt in dubium. Maximam autem vim inferunt legi, qui verba, *niſi id ille complexus ſit*, ita torquent, vt codicillarem clauſulam expreſſis verbis adjici debere inuoluant, quaſi τὸ *complecti* idem ſit ac *exprimere*, cum tamen toto coelo diſtent. *Complecti* enim aliquid poſſum animo, mente et voluntate ſola, non vero *exprimere* ſeu *expreſſe ponere.* Quare cum Imperator in citata lege nihil amplius requirat, quam vt teſtator *complexus ſit* codicillarem clauſulam, ſi effectum habere debet, id, quod animo ſolo tacite etiam et praeſumte fieri poteſt, lex Eius adiuuat potius ſententiam noſtram, quam eandem infirmat.

§. XXXXVIIII.

Altera lex Codicis, qua infringere ſtudent praeſumtionem clauſulae codicillaris, ex eodem

dem titulo petita et numero eſt prima. Haec vero ita ſe habet: *Rupto quidem teſtamento poſtumi agnatione codicillos quoque ad teſtamentum pertinentes non valere in dubium non venit.* Videtur haec lex patrocinari iis, qui clauſulam codicillarem in teſtamento praeſumi negant, quia dicit, teſtamentum per agnationem poſtumi valorem ſuum amittere vna cum codicillis ad illud pertinentibus; cum ſi clauſula noſtra teſtamento tacite ineſſet, valeret illud in vim codicilli et fideicommiſſi (§.VIIII. et §. XIIII.) et ſic valere etiam viderentur codicilli ex ipſo teſtamento dependentes, quippe qui teſtamenti ius ſequuntur *). At enim vero primo nondum probatum eſt, valente teſtamento vt codicillum, valere etiam principales codicillos, deinde ruptum teſtamentum ſaepe non poteſt fieri codicillus validus per clauſulam codicillarem, tunc ſcil. ſi in eo poſtumus a teſtatore ignorante, ſe poſtumum habiturum, praeteritus eſt (§. XV.), quia, tunc error ſeſe immiſcet qui tolli clauſula codicillari nequit, cum error a codicillo

cillo aeque ac a teſtamento abeſſe debeat. Et de hoc caſu vt legem intelligamus non ſolum nihil impedit, ſed poſtulant etiam id regulae interpretandi artis, quia ſic lex ſaluis verbis eius conciliatur cum principiis iuris, quae clauſulam codicillarem praeſumi volunt (§. XXXVIII.). Et certe in adducta ſpecie mirandum non eſt, corruere codicillos cum teſtamento, nec illud in vim codicilli valere, quia in ſpecie memorata clauſulae codicillaris vim ceſſare §. XV. probatum eſt. Sed non ſequitur, idem eſſe poſitis contrariis circumſtantiis, vt teſtator ſcil. ſciuerit poſtumum. Qui legem citatam obtorto quaſi collo ad hanc oppoſitam ſpeciem, quo poſtumus a parente *ſciente* eſt praeteritus, trahere vellet, non ſolum ſine neceſſitate id faceret, ſed ſimul etiam fauoris vltimarum voluntatum, quem leges indulgent, nullam haberet rationem. Imo ipſa verba: *rupto teſtamento* innuunt ſpe-

ciem, vbi teſtamentum omni plane etiam codicilli valore deſtituitur, quod accidit, ſi teſtator poſtumum ignorauit. Si enim codicilli valor, teſtamento ineſt, non rumpitur cum pleno effectu.

*) L. XVI. ff. *de iur. codicill.*

§. L.

Neque credendum eſt, aduerſarios in verbis finalibus legis primae praeſidium quaerere, quae huius tenoris ſunt: *Sed cum poſt ruptum teſtamentum patrem pupillorum veſtrorum litteras emiſiſſe proponatis, quibus praecedens iudicium confirmauit: proetor nihil contra ius fecit, ſi nouisſimam eius voluntatem ſecutus relictum teſtamento reipublicae fideicommiſſum, vt ex codicillis relictum, praeſtandum eſſe pronunciauit.* Nemo enim videt, quomodo haec nobis repugnent. Caſus proponitur, quo teſtator Cajo relinquit in teſtamento fideicommiſ-

ſum,

ſum ruptoque per natiuitatem poſtumi teſtamento codicillum facit, quo teſtamenti diſpoſitionem intuitu fideicommiſſi confirmat. Petit mortuo teſtatore Cajus fideicommiſſum et Praetor petito annuit. Quaeritur in lege, an recte id fiat? quae quaeſtio videri poſſet neganda, quia rupto teſtamento codicilli etiam videntur rupti. Sed, quia codicillus poſt ruptum teſtamentum, non vero ante factus eſt, ideoque ad teſtamentum non pertinet *), quaeſtio ab Imperatore non poteſt non affirmari **). Sed haec non ſunt contra nos.

*) L. XVI. cit.

**) IO. BRVNNEMANN. ad L. 1. C. *de codicill.*

§. LI.

Reſtat vnica L. XI. f. C. de *teſtamentar. manumiſſ.* vbi Diocletianus et Maximinianus: *Si iure non ſubſiſtit teſtamentum*, inquiunt, *in*

hoc nec libertates (cum non fuisse adjectum, vt pro codicillis scriptum valeret, proponas) recte datas constabit. Captant forsan verba: *cum non fuisse adiectum, vt pro codicillis scriptum valeret, proponas,* ex iis colligentes, *exprimendam* esse clausulam codicillarem. Sed hoc modo *adjicere* contra loquendi vsum pro *exprimere* accipiunt. *Adjici* etiam potest tacite *), sed tacite *exprimere* inuoluit manifestam contradictionem, cum tacitum et expressum sibi inuicem opponantur, quod notissimum est. Ex his itaque satis apparet, quod τὸ *adjicere et exprimere* pro se inuicem substitui nequeant, nec pro synonimis haberi.

§. LII.

Sunt, qui non quidem in omni testamento, sed tamen quibusdam priuilegiatis inprimis parentum inter liberos et militari clausulam codicillarem praesumi sibi persuadent, cum haec

quo

quocunque modo condita valeant, non autem ea, quae priuilegio deſtituta ſunt ſingulari *). Quam opinionem rejicit SAM. STRYCK **) putans in militari teſtamento et parentum inter liberos clauſulam dictam nullum plane vſum praeſtare, ſed obeſſe potius, ſiquidem illa 5. teſtes regulariter ſupponit, ſubſcriptionem eorum, continuitatem aliaque (§. XXVI.), quae in his minus ſolemnibus teſtamentis in ſe ſpectatis haud requiruntur. Sed tamen interdum in dictis teſtamentis clauſula codicillaris non omni caret vtilitate. Operatur enim hoc, vt, deficiente teſtamentario herede v. g. repudiante, legata ab heredibus legitimis tanquam fideicommiſſa peti poſſint ***). Supra enim (§. X.) probatum eſt, quod hic effectus clauſulae noſtrae inſit. E contrario, ſi teſtamentum militis vel parentum inter liberos clauſula codicillari plane eſſet deſtitutum, et tamen

 heres

heres in eo ſcriptus deficeret, non video, quomodo heredes ab inteſtato ad praeſtanda legata adigi poſſint, cum voluntas teſtatoris ad illos non ſit directa, niſi, mutato teſtamento per clauſulam noſtram in codicillum eos rogatos credamus a teſtatore de implenda teſtamenti diſpoſitione (§. VI. *). Neque in eo aſſentiri poſſumus STRYCKIO, quod militi, aut parenti inter liberos teſtanti, imponatur neceſſitas adhibendi 5. teſtes aliasque ſollemnitates codicilli, ſi in eius teſtamento clauſula codicillaris efficax eſſe debet. Etenim qui teſtamentum absque teſtibus facere poteſt, idem etiam codicillos ****), et ſupra iam monuimus, quod, licet clauſula codicillaris regulariter non ſuppleat defectum quinque teſtium, tamen tunc aliter res ſe habeat, ſi teſtator ſingulari gaudeat priuilegio. vid. §. XXIII. *).

*) BEN. CARPZ. P. III. C. IIII. def. 22. n. 7. ANT. FA-

BER

BER in C. lib. VI. tit. 5. def. 7. n. 4. IAC. MENOCH. lib. IIII. praesumt. 31.

**) in diss. cit. n. 63. seqq.

***) IO. HENR. a BERGER l. c. not. 5.

****) L. VIII. C. qui test. fac. poss.

§. LIII.

Restat, vt tangamus quaestionem: vtrum clausula codicillaris testamento sine declaratione vera testatoris per notarium forsan vel alium, qui testamentum scripsit, adiecta, sit valida? quam quaestionem affirmare non dubitamus, quia praesumtus in adiectionem testatoris adest consensus, partim ob rationes (§. XXXVI. XXXVII. XXXVIIII.) expositas, partim, quia quilibet in id consentire videtur, quod sibi vtile est. Imo in hoc nobiscum consentiunt illi etiam, qui praesumi clausulam codicillarem negant *), cum, quia Notarius a testatore rogatur, omnia ita conficere, vt de

iure firmiter ſubſiſtant, tum, quia omne inſtrumentum praeſumtionem veritatis et ſollemnitatis pro ſe habet**), vnde, quae teſtamento a Notario adiiciuntur, praeſumuntur ſcripta de voluntate teſtatoris***).

*) v. g. SAM. STRYCK cit. diſſ. n. 68.

**) c. X. de priuil. 6.

***) BEN. CARPZ. lib. VI. reſp. 7. n. 23.

§. LIIII.

Non poſſumus autem plane omittere, quod clauſula codicillaris ſaepe etiam pactis adiicitur; quod hunc habet effectum, vt, ſi pactum non qua pactum valere poteſt, ſubſiſtat vt fideicommiſſum, poſitis eius requiſitis in pacto, in quibus potiſſimum eſt numerus teſtium debitus*). Sic v. g. donatio inter viuos, quae excedit quingentos ſolidos, non valet ſine inſinuatione iudiciali vt donatio. Quodſi vero addita ipſi ſit clauſula noſtra, valebit vt fideicommiſſum, (modo quae ad hoc pertinent, ſollemnia in donatione non ſint omiſſa,) hoc modo vt heredes donantis de praeſtanda re donata deductis deducendis

dis rogati censeantur. Occurrit itaque quaestio vtrum etiam in pactis perinde ac in testamentis clausula nostra sit subintelligenda, an vero ob mutuum, quo pactum absoluitur, consensum contrarium sit dicendum. Huius quaestionis resolutionem alii referuamus tempori.

*) AVG. A LEYSER *med. ad ff.* sp. CCCLXXVIII. med. 3. 4.

§. LV.

Haec pro temporis angustia sufficiant, quae ad defendendam vltimarum voluntatum vim, ex tacita et praesumta clausula codicillari oriundam, scripsimus. Iudicet Beneuolus Lector aequo animo de iisdem, cum non ex pruritu contradicendi sed ex aequitatis et iuris ciuilis regulis profluxerint. Et quanquam plurimorum sententia nobis sit contraria, quidam tamen nobiscum sentiunt *), et adhuc forsan vnus vel alter, qui rationes plus quam ICtorum auctoritatem curat, rationibus nostris commotus ad nos accedit. Certe cum ipsi a nobis dissentientes **) clausulam codicillarem, a notario testamento testatoris nomine adiectam, ex testatoris voluntate praesumta additam esse credant: inuiti simul concedunt, eam esse praesumendam. Quare enim testator eam velle censetur, si per notarium scribendum

 curat,

curat, non vero si ipse scribit testamentum? Interim ob dissensum ICtorum, qui in quibusdam iudiciis praeualet, tutissimam esse fatemur, clausulam codicillarem expresse adiicere. Non itaque scripsimus hunc in finem, vt quis praesumtione, quam stabilire conati sumus, fretus omittat istam clausulam in testamenti verbis, suadentes potius eandem exprimere, sed vt casu obueniente ei, qui in clausula codicillari praesidium collocat, eamque non expressam praesumi in testamento defendere debet, vsum quendam praestare possit libellus noster. Hoc si obtinuerimus, operae nostrae pretium habebimus.

*) IO. A SANDE l. c. IVST. HENNING. BOEHMER *iur. Digestor.* lib. XXVIIII. tit vlt.

**) e. g. SAM. STRYCK. cit. l.

FINIS.

